Les clauses abusives et leurs sanctions: la quadrature du cercle

Sylvette GUILLEMARD

Résumé

Les dispositions du *Code civil du Québec* sur les clauses abusives semblent, à première vue, offrir une protection intéressante au contractant en position de faiblesse. Elles donnent lieu, depuis leur élaboration, à de vifs débats sur leur nature et leur portée. Les divergences portent essentiellement sur l'article 1437 C.c.Q., qui, pour les uns, introduit la notion de lésion au profit des majeurs dans certains types de contrats, ce qui, pour les autres, relève de l'hérésie en raison du rejet clair par le codificateur de la lésion en dehors des cas prévus par l'article 1405 C.c.Q.

Par contre, l'article 1438 C.c.Q. ne semble pas susciter l'intérêt de la plupart des commentateurs. Pourtant, son étude permet certainement de mener un peu plus loin le débat, notamment parce qu'il prévoit le sort du contrat d'adhésion contenant une clause abusive. On pourrait penser que la description des conséquences pratiques aide à révéler la réelle position du codificateur en la matière.

Cette étude montre que, malheureusement, il n'en est rien. Au contraire, les termes utilisés dans l'article 1438 C.c.Q. ne font qu'augmenter la confusion et ajoutent même des embûches.

Les clauses abusives et leurs sanctions: la quadrature du cercle

Sylvette GUILLEMARD*

* Avocate. Chargée de cours à l'Université Laval. Étudiante au doctorat (Université Laval), Université Paris II – Panthéon Assas. L'auteur tient à remercier mesdames Geneviève Bédard et Anne-Marie Burns ainsi que messieurs Serge Morin et Maxim Saint-Hilaire. C'est grâce aux nombreuses et riches discussions sur ce sujet avec eux alors qu'ils étaient étudiants à la faculté de droit de l'Université Laval qu'est née l'idée de cet article.

INTRODUCTION

En 1994, le codificateur a introduit dans notre droit des mesures particulières en matière de contrat d'adhésion et de consommation. Il a entendu protéger le contractant en position de faiblesse contre la position dominante de son cocontractant en sanctionnant notamment les clauses abusives. Comme on le sait déjà, la portée de l'article 1437 C.c.Q. pose plusieurs difficultés, compte tenu à la fois de sa rédaction ainsi que de son analyse en regard d'autres dispositions du *Code civil du Québec*. D'ailleurs, tant les tribunaux que les auteurs de doctrine ont des vues divergentes sur la question. Si plusieurs ont comparé l'article 1437 C.c.Q. avec l'article 1405 C.c.Q., portant sur la lésion, ou avec les dispositions concernant les clauses pénales, peu d'observateurs se sont penchés sur l'article 1438 C.c.Q., qui prévoit le sort des clauses déclarées nulles contenues dans des contrats de consommation ou d'adhésion. Nous allons tenter de voir si cette disposition, indubitablement liée à la précédente, permet d'apporter quelque lumière en matière de clause abusive. Ainsi, nous pourrons vérifier si les mesures protectionnistes adoptées par le codificateur en 1994 sont réellement efficaces[1].

1. QUELQUES RAPPELS SUR L'ARTICLE 1437 C.c.Q.

L'article 1437 du *Code civil du Québec* a fait déjà couler beaucoup d'encre, avant même l'entrée en vigueur de la nouvelle codification, et depuis 1994 il a été abondamment invoqué devant les tribunaux. Les deux principales questions qui se posent à son sujet – et qui sont, par certains aspects, reliées – portent sur l'analogie possible entre clause abusive et lésion et sur la nature ou la qualité de la clause visée par cet article.

On distingue deux clans opposés: pour les uns, la notion de clause abusive est totalement différente de la lésion parce que, notamment, l'article 1437 C.c.Q. ne vise que les clauses accessoires. Pour les autres, bien sûr, la nouvelle disposition introduit dans notre code la lésion entre majeurs, dans des cas bien circonscrits. D'ailleurs, l'abus peut contaminer l'ensemble du contrat par

1. Notre réflexion ne s'inscrira que dans le cadre des contrats d'adhésion car, à la différence des consommateurs, les adhérents ont comme seule protection les dispositions du *Code civil du Québec*.

l'effet de la nullité d'une clause fondamentale, déclarée abusive. Nous allons passer en revue les différents arguments en faveur de l'une ou l'autre des positions.

1.1. Emplacement et terminologie

En premier lieu, on doit constater que d'un point de vue purement formel, au moins, le codificateur a inséré la disposition sur la clause abusive dans la section portant sur les effets du contrat entre les parties et uniquement dans le cadre des contrats d'adhésion ou de consommation comme en fait foi le libellé même de l'article 1437 C.c.Q. La lésion, quant à elle, s'inscrit dans la section de la formation du contrat et y côtoie l'erreur et la crainte en tant que vice de consentement.

On peut peut-être s'interroger sur le fondement d'une telle distinction, ne serait-ce qu'en comparant les termes utilisés pour décrire les deux notions. Selon l'article 1406 C.c.Q., «la lésion résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, qui entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties; le fait même qu'il y ait disproportion importante fait présumer l'exploitation». Quant à la clause abusive, elle ne doit pas «désavantager l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable». Bien que certains voient des différences notables entre les deux formulations, il nous semble que la disproportion entre les prestations des parties en désavantage certainement l'une des deux. La proposition peut d'ailleurs s'inverser: si une disposition désavantage le contractant avec un excès et une déraison tels qu'elle constitue un abus, il y a certainement disproportion entre les obligations des deux parties. En outre, si le désavantage est excessif et déraisonnable, on peut sans doute le qualifier d'important.

Examinant les incidences de la «percée de l'équité contractuelle» sur les contrats nommés et analysant divers types de clauses abusives, deux auteurs estiment, à propos de l'article 1437 C.c.Q., que «[n]ul n'est besoin de faire preuve d'une subtilité excessive pour faire la relation avec le concept de lésion énoncé à l'article 1406 C.c.Q.»[2]. Pour eux, en vertu de notre code, «les tribunaux détiennent désormais les pouvoirs légaux pour remédier à la lésion entre majeurs [...]»[3].

2. Gérard DUGRÉ et Stefan MARTIN, «Les contrats nommés», *Le nouveau* Code civil du Québec: *un bilan*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1995, p. 53, à la p. 63.
3. *Id.*, p. 66.

Comme nous l'avons indiqué, nous pensons que les mots utilisés sont très proches. Toutefois, au-delà des analyses terminologiques, on ne peut nier que le codificateur a délibérément choisi de placer la disposition sur les clauses abusives en dehors du champ de la formation du contrat: «Il faut le répéter: ce n'est pas à l'intégrité du consentement que le législateur s'est attaqué en édictant l'article 1437, mais au *contenu* même du contrat, en sanctionnant la nullité ou la réductibilité des clauses abusives d'un contrat d'adhésion. *Même consenties pleinement*, les clauses abusives sont visées par l'article 1437»[4].

Nous ne pouvons donc ignorer ce choix du codificateur de distinguer les deux notions en les situant dans des cadres différents.

1.2 Comparaison des concepts

D'autre part, voir dans l'article 1437 C.c.Q. une reconnaissance de la lésion entre majeurs permettrait, aux yeux de certains, de faire indirectement ce qui est interdit directement par l'article 1405 C.c.Q. Plusieurs arguments pourraient contrer cette affirmation.

On doit noter, en premier lieu, que lorsque le codificateur fait référence à la lésion, que ce soit dans la section sur les vices de consentement ou ailleurs, il s'agit toujours de situations où l'une des parties est en position de faiblesse, innée ou acquise, donc vulnérable: faiblesse du mineur en raison de son âge, faiblesse du majeur protégé en raison de son inaptitude à prendre soin de lui-même ou de ses biens, faiblesse de celui qui renonce à ce à quoi il pourrait avoir normalement droit dans des circonstances en général empreintes d'un «climat d'émotivité plus ou moins pénible»[5].

Or, en matière de contrat d'adhésion,

> ce qui importe, c'est de remédier aux inconvénients susceptibles de résulter de cette impossibilité de négocier, l'un des contractants, en position de force, imposant de façon incorrecte ou abusive sa volonté à l'autre qui, en position de faiblesse, a pour seul choix d'adhérer ou de ne pas contracter. En ces cas, s'appliqueront les dis-

---

4. Adrian POPOVICI, «Le nouveau Code civil et les contrats d'adhésion», (1992) *Mer. Mem. Lect*. 139, 149. [Le texte original est en italiques]
5. Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 177.

positions visant particulièrement le contrat d'adhésion, tels les articles 1435, 1436, 1437.[6]

La notion de clause abusive sert indiscutablement à protéger des sujets de droit qui sont en position de faiblesse, par rapport au cocontractant, dans un rapport d'adhésion ou de consommation. Et ce n'est que cette faiblesse, exceptionnelle, qui est protégée.

Il y a lieu de s'arrêter sur l'expression contenue à l'article 1405 C.c.Q., «outre les cas expressément prévus par la loi». Est-ce que l'on peut considérer que l'article 1437 C.c.Q. soit un cas *expressément* prévu de lésion? Faut-il, pour permettre l'application de l'article 1405 C.c.Q., qu'une disposition de la loi ou du code contienne dans sa formulation même le mot «lésion» ou suffit-il qu'elle décrive, ou plus vague encore, qu'elle puisse évoquer une situation lésionnaire? Si le codificateur a pris soin d'inclure «expressément», il faut évidemment en tenir compte. Il est bien connu «qu'aucune législation, loi ou règlement, ne doit être interprétée de manière que certaines parties en soient considérées comme simplement superflues ou dénuées de sens»[7]. L'adverbe renforce la proposition en indiquant clairement la volonté du codificateur de ne pas nous obliger à des exercices d'interprétation ou d'extrapolation, ce qui aurait pu être le cas s'il s'était contenté de dire «outre les cas prévus par la loi». Ici, l'exercice d'interprétation est inutile dans la mesure où le texte et les termes employés parlent par eux-mêmes.

Or ce qui est dit en termes exprès «exprime *formellement* la pensée»[8], de façon explicite, c'est-à-dire est «réellement exprimé, formulé»[9]. L'indication semble donc sans ambiguïté, les seuls cas auxquels s'applique l'article 1405 C.c.Q. sont ceux où l'on retrouve le terme lésion écrit noir sur blanc. Cette lecture de l'article 1405 C.c.Q. va dans le sens des récriminations de certains qui lors de l'élaboration du nouveau Code civil se sont opposés à l'étendue du recours pour lésion aux adultes. Elle limite les situations où elle pourrait être invoquée en dehors des contrats conclus avec des mineurs ou des adultes protégés.

---

6. Jean PINEAU, «Théorie des obligations», *La Réforme du Code civil*, Québec, PUL, 1993, p. 9, à la p. 32.
7. *Subilomar Properties (Dundas) Ltd*. c. *Cloverdale Shopping Center Ltd*., [1973] R.C.S. 596, à la p. 603 (juge Spence).
8. *Le Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Le Robert, 1983, p. 737. [Nos italiques]
9. *Id*., p. 735.

Quels sont justement les cas où le code autorise les majeurs à invoquer la lésion? Il s'agit du partage de la succession[10], de la renonciation au partage du patrimoine familial[11], en cas de renonciation au partage des acquêts[12] et en matière de prêt de somme d'argent[13]. Le codificateur reconnaît par conséquent qu'il puisse y avoir «exploitation» entre adultes majeurs et pleinement capables. On peut en conclure que si le codificateur entend protéger la stabilité des conventions, en ne permettant pas aux majeurs dans les situations «ordinaires» d'invoquer le déséquilibre entre les prestations, dans des cas extrêmes, il leur autorise cependant ce moyen pour demander l'annulation de certains actes. Dans ces cas, la lésion n'entre pas dans le cadre strict du vice de consentement quoique, par les termes utilisés dans ces articles, le codificateur l'assimile à un vice de formation du contrat.

1.3 Clause accessoire et élément essentiel

Finalement, si la lésion «résulte toujours d'un *déséquilibre dans l'ensemble du contrat*»[14], les mesures de protection fondées sur l'article 1437 C.c.Q. ne visent qu'une clause, qu'un élément spécifique de la convention. Une autre nuance, proche de cette distinction, porte sur la qualité des obligations visées par les deux institutions. Cette question divise énormément les auteurs et les magistrats. La lésion concernerait une obligation fondamentale alors que seule une obligation secondaire pourrait être déclarée abusive. Ainsi, selon monsieur Jobin, le prix, élément fondamental du contrat, ne saurait jamais être visé par l'article 1437 C.c.Q.

Une pareille position se heurte à plusieurs difficultés. Pour commencer, elle nous semble difficilement conciliable avec les termes employés par le codificateur. L'article 1437 C.c.Q. parle en effet de «*toute* clause», ce qui signifie n'importe quelle clause, fondamentale ou accessoire. Si le codificateur avait souhaité restreindre le champ d'application de la disposition aux clauses accessoires ou secondaires, il aurait eu la possibilité de le préciser. Certains pourraient invoquer la méthode systématique et logique d'interprétation en vertu de laquelle «les exigences de cohérence

10. Article 897 C.c.Q.
11. Article 424 C.c.Q.
12. Article 472 C.c.Q.
13. Article 2332 C.c.Q.
14. Pierre-Gabriel JOBIN, «Les clauses abusives», (1996) 75 *R. du B. can.* 503, 507. [Le texte original est en italiques]

et d'harmonie interne du texte pourront justifier la restriction de la portée»[15] de l'expression générale. Compte tenu du rejet de principe de la lésion entre majeurs, il faudrait alors lire l'article 1437 C.c.Q. ainsi: «est abusive toute clause [à l'exclusion des clauses essentielles et en particulier celles portant sur le prix] etc.».

Parlant justement de cohérence et d'harmonie, comment concilier cette lecture restrictive avec la disposition suivante? L'article 1438 C.c.Q., et nous y reviendrons, prévoit que dans certains cas la clause abusive, déclarée nulle, puisse entraîner dans sa chute l'ensemble du contrat. Si l'annulation d'une seule clause entraîne l'invalidité de l'ensemble du contrat, il s'agit certainement d'une clause essentielle. Il semble difficile de concevoir qu'une clause accessoire ou secondaire puisse concourir à l'indivisibilité du contrat. D'ailleurs, à ce propos, il serait assez illogique, étant donné la possibilité d'anéantissement total de l'acte, que celui-ci puisse être réalisé par le défaut d'une clause accessoire mais non d'un élément fondamental. Autrement dit, la vénérée stabilité contractuelle pourrait être ébranlée et la relation entre les parties détruite par le fait d'une clause accessoire mais non par celui d'une disposition essentielle! En outre, on peut se demander pourquoi le codificateur aurait entendu protéger l'adhérent contre un abus portant uniquement sur un élément accessoire du contrat; serait-il plus répréhensible, plus digne de sanction que lorsqu'il porte sur une clause essentielle?

N'y aurait-il pas également une contradiction entre la nature même du contrat d'adhésion et le fait de ne protéger l'adhérent que contre des abus portant sur des éléments accessoires du contrat? Rappelons que, pour qu'un contrat soit qualifié d'adhésion, il faut, selon l'article 1379 C.c.Q., que ses stipulations essentielles aient été imposées par l'un des contractants. C'est donc dire que si le prix par exemple, élément essentiel ou important d'un contrat s'il en est, a pu être librement discuté, le contrat est de gré à gré. Mais cela signifie également que, si toutes les stipulations accessoires et seulement elles ont pu être négociées, le contrat répondra aux critères de l'article 1379 C.c.Q. Or est-il très réaliste de penser que précisément ce sont ces clauses non essentielles qui risquent de faire l'objet d'un abus, celles qui ont pu justement être négociées, discutées? Où risque-t-il le plus d'y avoir abus, dans

15. P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 12, p. 291.

une clause librement discutée ou dans une clause imposée par un cocontractant?

Ensuite, l'article 1437 C.c.Q. prévoit expressément que l'obligation découlant d'une clause abusive puisse être réduite. Or s'il est un élément qui peut donner lieu à des abus, c'est bien le prix. Et qu'est-ce qui peut faire plus facilement l'objet d'une réduction, d'une diminution qu'une somme d'argent? On parle dans ces cas là de *quantum* excessif. Comme le fait remarquer monsieur Simler, ce n'est pas l'obligation elle-même «qui est mise en cause, mais seulement son étendue»[16]. À titre d'analogie, citons un célèbre arrêt français, où la Cour de cassation avait annulé en totalité un acte contenant un prix supérieur au prix taxé[17]. Selon madame Guelfucci-Thibierge, la cour avait estimé que «le prix étant un élément essentiel du contrat, son caractère illicite vicie l'acte dans son entier; ce dernier doit donc faire l'objet d'une annulation totale»[18]. La solution a été fortement contestée par la doctrine. En effet, une nullité partielle aurait été plus juste car «ce qui est illicite, ce n'est pas l'existence du prix en lui-même, mais son dépassement du prix taxé»[19]. Il nous semble que le raisonnement est absolument transposable en matière de clause abusive contenue dans un contrat d'adhésion. Il n'y aurait rien de choquant à «calquer l'étendue de la nullité sur l'étendue de l'illicéité et de se limiter ainsi à la nullité partielle du prix pour la fraction dépassant le prix licite»[20].

La nullité partielle, prévue au premier alinéa de l'article 1437 C.c.Q. permet au juge de ramener un élément essentiel de nature monétaire de la convention à sa juste valeur, en réduisant à néant la seule portion abusive du prix. Bien sûr, on pourra rétorquer que cela revient exactement à ce que prévoit l'article 1408 C.c.Q., en cas de lésion, recours accessible au majeur qui veut se prévaloir des articles 424, 472 ou 2332 C.c.Q.

Décidément, bien des arguments militent en la reconnaissance de la lésion dans le cadre du contrat d'adhésion et, comme

16. Philippe SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, Paris, L.G.D.J., 1969, p. 10.
17. Req. 9 Décembre 1946, G.P. 1947.1.63.
18. Catherine GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 298.
19. *Ibid.*
20. *Ibid.*

monsieur Popovici, il faut reconnaître que «[l]a distinction entre la lésion et la clause abusive est certainement nébuleuse»[21].

Les sanctions de la clause abusive dans un contrat d'adhésion sont prévues à l'article 1437 C.c.Q. Celui-ci offre deux options. Ou bien la clause est déclarée nulle ou bien l'obligation qui en découle est réduite. Dans les deux cas, cela revient à «pratiquer une chirurgie dans le corps du contrat; c'est aussi faire affront à la philosophie de l'autonomie de la volonté et heurter de plein front le principe de la force obligatoire du contrat»[22]. On sait que notre droit, heureusement, évolue et fait place maintenant à d'autres valeurs que celles qui prévalaient au XIXe siècle. Ainsi, l'article 1437 C.c.Q. reflète un nouveau principe directeur en matière contractuelle, l'ordre public et en particulier l'ordre public économique et social.

2. L'ARTICLE 1438 C.C.Q. OU LE SORT DU CONTRAT D'ADHÉSION CONTENANT UNE CLAUSE ABUSIVE

L'article 1438 C.c.Q. prévoit les conséquences de la nullité de la clause. Une fois réglé le sort du membre gangrené, qu'advient-il du reste du corps?

2.1 Examen théorique

Rappelons tout d'abord l'énoncé de l'article: «La clause qui est nulle ne rend pas le contrat invalide quant au reste, à moins qu'il n'apparaisse que le contrat doive être considéré comme un tout indivisible. [...]».

Arrêtons-nous un moment à cette seule phrase qui, comme nous allons le voir, peut provoquer plusieurs commentaires. En premier lieu, il est clair que le codificateur privilégie encore, et cela n'a rien de surprenant, la stabilité contractuelle, «[v]aleur fondamentale du libéralisme économique, vertu cardinale de la doctrine de l'autonomie de la volonté et, plus précisément, de la force obligatoire du contrat»[23] et, dans un même temps, affirme le principe de la divisibilité du contrat. Donc, même si, par l'effet de

---

21. A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 4, p. 151, note 50.
22. Pierre-Gabriel JOBIN, «La révision du contrat par le juge dans le Code civil», *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 399, à la p. 408.
23. Pierre-Gabriel JOBIN, «La stabilité contractuelle et le Code civil du Québec: un rendez-vous tumultueux», *Mélanges Paul-André Crépeau*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 419.

l'article 1437 C.c.Q., il y a une modification de la convention intervenue entre les parties, une fois le membre gangrené partiellement ou totalement amputé, elle doit survivre; sauf, et c'est là une deuxième observation suscitée par la lecture de l'article 1438 C.c.Q., si la partie amputée en était un élément vital, sauf si le contrat ne peut survivre sans cette disposition, constituant ainsi un tout indivisible.

Qu'est-ce qu'un «tout indivisible»? Pour monsieur Tancelin, l'expression est obscure et «on peut traduire en droit cette figure de style en disant que si la clause touche à une condition de validité comme la cause, le contrat devrait être annulé en entier»[24]. Bien sûr, l'illustration est juste mais ne peut être utile dans le cadre de l'article 1437 C.c.Q. puisque toute discussion sur la cause du contrat renvoie à la théorie de la formation.

L'expression «tout indivisible» pose un autre problème: pour qui la convention est-elle indivisible? Pour le juge ou pour les parties? D'après les commentaires du ministre, il semble que l'on doive privilégier le point de vue des contractants puisque l'anéantissement du contrat ne sera prononcé que «si la clause présente manifestement, par rapport à l'ensemble de la convention, un caractère principal et déterminant dans l'intention des parties»[25]. Donc, «[s]i la partie de l'acte ainsi annulée était essentielle aux yeux de ses auteurs, de sorte que, sans elle, ceux-ci n'auraient pas conclu l'acte, celui-ci doit disparaître tout entier»[26].

On constate maintenant que la question de la nature de la clause visée à l'article 1437 C.c.Q. trouve sa réponse dans les termes et l'objet de l'article 1438 C.c.Q. L'abus peut porter sur un élément fondamental, essentiel, du contrat. Malheureusement, on tourne en rond. Le Code, par sa rédaction et les choix faits par le codificateur, nous entraîne dans un cercle vicieux puisque d'une part les articles 1437 et 1438 C.c.Q. décrivent des situations lésionnaires et que d'autre part le Code lui-même interdit le recours à la lésion entre majeurs en tant que vice de formation[27].

---

24. Maurice TANCELIN, *Des obligations, actes et responsabilités*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, p. 146.
25. *Code civil du Québec, commentaires du ministre de la Justice*, Montréal, Dacfo, 1993, p. 479.
26. *Id*., p. 30.
27. Les articles du *Code civil du Québec* prévoyant la lésion entre majeurs (voir notes 4, 5, 6 et 7), bien que ne la considérant pas comme un vice de consentement, renvoient aux règles de la nullité des contrats qui se trouvent exclusivement décrites... sous le §2 – *De la sanction des conditions de formation du contrat*.

Pourrait-on parler ici de «lésion à l'usage»? Autrement dit, ce ne serait que par ses effets, ou les effets des obligations qu'il prévoit, que le contrat d'adhésion, valablement formé, transformerait l'un des contractants en exploité? On pourrait poser la même question à propos de la lésion/vice de consentement qui n'en a peut-être que le nom. C'est parce que les obligations de l'un et de l'autre ne sont pas égales ou sensiblement comparables que l'une des parties est lésée[28]. Et cela ne se vérifie, ne se fait sentir que lors de l'exécution des prestations. Ce n'est pas au cours de leur existence que le contrat ou l'obligation litigieuse deviennent abusifs. Ils l'étaient généralement dès leur conclusion. Ainsi, les tribunaux québécois ont jugé abusive la clause dans un crédit-bail imposant le paiement d'une somme égale au solde du contrat plus 15 % pour couvrir les frais de reprise[29]. Cette pénalité exorbitante était déjà prévue lors de la conclusion du contrat[30]. Évidemment, ce n'est que lorsque l'une des parties met fin au crédit-bail que l'effet de la clause abusive se fait sentir. La situation n'est-elle pas identique dans le cas de la lésion? C'est en analysant les effets potentiels ou réels, accomplis, des obligations que l'on peut en constater la disproportion entre les parties. D'ailleurs, pour déterminer dans quelle mesure une clause abusive désavantage le débiteur, le juge «doit apprécier l'ensemble des circonstances *au moment où la clause est mise en œuvre*. C'est à ce moment qu'il doit évaluer le préjudice réel [...]. Et c'est en s'en tenant à ce moment aussi qu'il doit décider si le montant réclamé ou le bénéfice retiré de la clause est excessif et déraisonnable»[31]. Si «la lésion est une appréciation du contrat au moment de sa formation»[32], on

---

28. Ou bien même que la prestation est trop onéreuse pour le patrimoine du mineur, par exemple.
29. *Société générale Beaver Inc.* c. *Métaux ouvrés St-Philippe Inc.*, C.S. Montréal, n° 500-05-016209-924, 19 juillet 1994, J.E. 94-1295, citée dans Nathalie VÉZINA, «Réactions judiciaires à quelques nouveautés du droit des obligations», dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit civil (1995)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 71, à la p. 92.
30. On pourrait donner d'autres exemples similaires. Une recherche sur la banque de données informatisée de QuickLaw indique que les tribunaux québécois se sont prononcés 48 fois dans des cas de clauses abusives – ou prétendues telles – au sens de l'article 1437 C.c.Q. dans des contrats d'adhésion. Quelle que soit l'issue du litige, on constate à la lecture des jugements que l'abus, s'il y en avait, existait potentiellement *ab initio*.
31. François HÉLEINE, «Le droit des obligations. Une double préoccupation des tribunaux: contrôler les comportements, s'adapter au droit nouveau», *Le nouveau* Code civil du Québec*: un bilan*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1995, p. 27, à la p. 38. [Nos italiques]
32. P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 15, p. 507.

pourrait dire aussi que l'abus existe virtuellement dès l'origine du contrat.

Quant à leur origine «temporelle», les clauses abusives sont comparables aux stipulations lésionnaires classées comme vices de consentement et se distinguent de la théorie de l'imprévision qui prévaut lorsque survient, après la conclusion du contrat, «une profonde modification de la situation économique»[33]. On peut appliquer à l'article 1437 C.c.Q. les propos de monsieur Tancelin pour qui les dispositions en matière de prêt d'argent et de l'article 8 de la *Loi sur la protection du consommateur* «ne constituent [...] pas une application de la théorie de l'imprévision car ce qui est visé par ces lois c'est un déséquilibre excessif des prestations *au moment de la formation du contrat* et non un déséquilibre survenant en cours d'exécution et affectant un contrat qui était équilibré au départ»[34]. Si «l'inéquité contractuelle n'apparaît pas au même moment» lorsqu'elle est due à la lésion et lorsqu'elle résulte de l'imprévision, une auteur constate, citant Carbonnier, qu'*«elle n'en a pas la même cause*: "la lésion doit avoir son germe dans le contrat lui-même, dans une inégalité interne des prestations, tandis qu'ici [dans le cas de l'imprévision], on a affaire à un bouleversement survenu du dehors, par un événement casuel et imprévu"»[35]. Ces éléments, temporel et causal, militent encore pour un rapprochement certain entre lésion et clause abusive. Dans les deux cas, le déséquilibre existait déjà lors de la naissance de l'entente entre les parties mais il ne se révèle que lors de la mise en œuvre de l'obligation.

Par conséquent, on constate encore que clauses abusives et lésion ne sont pas si éloignées que cela. Au contraire, tant par leur effet que leur nature et leur fondement, elles semblent appartenir à la même famille.

2.2 Mise en œuvre de l'article 1438 C.c.Q.

On pourrait considérer que toutes ces interrogations sont futiles, stériles, que ce ne sont que des tourments intellectuels. Pas du tout! Elles ont tout lieu de se poser car le problème a des conséquences pratiques importantes. En effet, que fait le tribunal

---

33. M. TANCELIN, *op. cit.*, note 25, p. 173.
34. *Id.*, p. 175. [Nos italiques]
35. Julie BÉDARD, «Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit québécois», (1997) 42 *R.D. McGill* 761, 770. [Le texte original est en italiques]

lorsqu'il estime que le contrat d'adhésion qui contient une clause abusive devant être déclarée nulle forme un tout indivisible? Plusieurs répondront que le tribunal pourra annuler le contrat en vertu de l'article 1438 C.c.Q. Ainsi, le juge Proulx estime que «la *nullité* partielle d'un acte juridique n'entraîne pas nécessairement et obligatoirement *celle* de l'ensemble»[36] comme le permet l'article 1438 C.c.Q. Monsieur Jobin parle de «l'*annulation* du contrat tout entier [...] lorsqu'une clause est annulée»[37]. Pour Nathalie Vézina, «[...] il serait contraire à l'état actuel du droit de prétendre que la protection en matière de clauses abusives se limite à la nullité de la clause concernée, puisque l'article 1438 C.c.Q. prévoit que la nullité d'une obligation insécable du contrat entraîne la *nullité* de celui-ci»[38]. Ailleurs, on lit que «si [la] partie viciée est indissociable du reste du contrat, son annulation entraînera l'*annulation* du tout»[39].

Pourtant, l'article 1438 C.c.Q. n'autorise pas de telles affirmations et ce pour deux raisons. La première repose sur les termes mêmes utilisés par le codificateur. En effet, il n'est pas nécessaire de faire une lecture très attentive de la disposition pour constater qu'on n'y trouve aucune mention de la *nullité* de l'acte concerné. La clause nulle ne rend pas le contrat indivisible «nul» mais bien «invalide». Quand, ailleurs, le codificateur entend parler de nullité, il utilise ce terme[40].

Le second argument repose principalement sur un rappel des étapes du processus législatif en la matière et nous empêche de déceler implicitement toute allusion à la nullité dans l'article 1438 C.c.Q.

La source de l'article 1438 C.c.Q. est l'article 51 du livre V de l'O.R.C.C., qui énonçait que «la nullité de la clause n'entraîne pas la *nullité* du contrat»[41]. Autre constatation intéressante: l'article 51 de l'O.R.C.C. se trouvait dans la section (II) portant sur la

---

36. *Droit de la famille – 1636*, [1994] R.J.Q. 9 (C.A.), p. 18. [Nos italiques]
37. P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 15, p. 506, note 16. [Nos italiques]
38. N. VÉZINA, *loc. cit.*, note 30, p. 96. [Nos italiques]
39. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 9, p. 298. [Nos italiques]
40. Quitte à le répéter dans une même phrase. Voir, par exemple, l'article 1424 C.c.Q.: «Lorsque chacune des parties peut invoquer la nullité du contrat, ou que plusieurs d'entre elles le peuvent à l'encontre d'un cocontractant commun, la confirmation par l'une d'elles n'empêche pas les autres d'invoquer la nullité».
41. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1, «Projet de Code civil», Québec, Éditeur officiel du Québec, 1977, p. 342. [Nos italiques]

nullité du contrat dont le premier article, l'article 47, prévoyait: «est nul tout contrat qui n'est pas conforme aux conditions nécessaires à sa formation»[42]. La corrélation vice de formation/nullité saute aux yeux.

Force est donc de constater le changement de termes. Remplacer la notion de nullité par celle d'invalidité n'est certainement pas un geste fortuit ou gratuit. Au contraire, cela nous semble éloquent et on peut supposer que si le codificateur «a pris la peine de modifier le texte, c'est qu'il voulait changer quelque chose au fond, et non seulement améliorer la formulation»[43]. Il est important de remarquer que ce changement de terme est simultané au changement de section: dans le texte finalement adopté, tout en sortant du cadre des problèmes liés à la formation du contrat, le codificateur modifie le terme applicable à la sanction. De là à comprendre que le codificateur entend réserver la nullité uniquement aux problèmes liés à la formation des contrats, il n'y a qu'un pas que nous devons franchir. Et qu'il nous oblige à franchir.

Le terme «nullité», selon notre tradition juridique, est toujours défini de la même façon et utilisé dans les mêmes circonstances. Le code, s'il n'indique pas expressément que la nullité est la sanction réservée aux vices de formation, par contre ne la prévoit, ne la décrit que dans ce cadre là[44]. De son côté, la doctrine donne diverses définitions de la nullité qui, toutes, unanimement, renvoient à des problèmes reliés, par leur antériorité ou leur concomitance, à la naissance du contrat[45]. L'expression «nullité du contrat» correspond dans notre droit à quelque chose de très spécifique et très encadré par le code civil. La «nullité du contrat» ne peut être demandée ou invoquée que dans les limites prévues par le code et a des conséquences, elles aussi, très définies.

Bref, si le législateur a délibérément évité, plus, mis de côté, toute référence à la nullité du contrat dans l'article 1438 C.c.Q.,

---

42. *Id.*, p. 341.
43. P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*. note 12, p. 399. Il est évident que le ministre de la Justice, commentant les articles du nouveau code civil, a lu l'article 1437 C.c.Q. d'un œil distrait! Voir *op. cit.*, note 26, p. 479.
44. Voir articles 1416 à 1422 C.c.Q.
45. Voir, par exemple, Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 320; M. TANCELIN, *op. cit.*, note 25, p. 169; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 9, p. 420; Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1994, p. 394; CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ, *Dictionnaire de droit privé*, Montréal, C.R.D.P.C.Q., 1985, p. 131.

c'est peut-être pour ne pas créer d'ambiguïté et nous écarter de la sanction des contrats fondée sur un vice de formation, dont la lésion.

À la suite de ces constatations, les problèmes ne sont pas résolus, loin de là. En effet, que fera le juge déclarant la nullité d'une clause abusive d'un contrat d'adhésion et dont les parties lui auront démontré l'indivisibilité? Réponse théorique fournie par le code: il l'invalide. En pratique, que fera le juge? Quelle sanction juridique lui appliquera-t-il?

Interrogeons-nous en premier lieu sur le sens du terme «invalide». Qu'est-ce que l'invalidité d'un acte? Il faut d'abord remarquer, et cela a peut-être son importance, que c'est la seule fois où le code prévoit l'invalidité d'un acte[46] et autorise le tribunal à appliquer cette sanction. Le code lui-même ne nous est d'aucun secours pour circonscrire ce terme, n'en donnant aucune définition ou n'en présentant aucune conséquence. On pourrait dire qu'il ne nous en donne aucun mode d'emploi.

Pour un dictionnaire courant, un acte invalide est un acte... «qui n'est pas valable»[47]. La doctrine est peu éloquente et ignore en général ce concept. Le *Dictionnaire de droit québécois et canadien* en donne la définition suivante: «Qui est dénué de toute valeur juridique ou privé de tout effet juridique»[48]. Le terme, peu courant en matière contractuelle, est donc vaste et général. «Invalidité» serait un terme générique désignant diverses formes d'anéantissements. Or, quelles sont-elles dans notre droit? La nullité est certes une forme d'invalidité mais elle est réservée à l'anéantissement des actes non validement formés. Dans le cadre contractuel, outre la nullité, sont bien sûr prévues la résolution et la résiliation de l'acte[49]. Ce sont des sanctions prévues par le code dans des situations très précises, soit lorsque le contrat a été valablement formé mais que l'une des parties fait défaut d'exécuter ses prestations. On sait que ces deux sanctions mettent fin à la relation contractuelle, l'une uniquement pour l'avenir, l'autre avec effet rétroactif. D'ailleurs, même si le fondement de la résolution est évidemment différent de celui de l'action en nullité, ses

---

46. En dehors de l'article 3112 C.c.Q.
47. *Op. cit.*, note 13, p. 1028.
48. *Op. cit.*, note 44, p. 314.
49. Article 1590 §2 C.c.Q. et articles 1604 à 1606 C.c.Q.

effets exactement sont les mêmes[50]. Comme le dit madame Guelfucci-Thibierge, «[c]'est ainsi que le préjudice dû à la conclusion d'un contrat annulé s'apparente à celui lié à la résolution. D'origine différente, leur indemnisation tend cependant au même but: remettre la partie victime dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat anéanti par l'annulation ou par la résolution n'avait pas été conclu»[51]. Y a-t-il d'autres moyens de faire disparaître un acte, de le réduire à néant? On trouvera la réponse dans l'article 1439 C.c.Q., qui prévoit différents types de sanctions pour tous les contrats, quelles qu'en soient la nature et l'espèce. Outre les plus classiques fondées sur l'inexécution contractuelle, la disposition parle de «modification» et de «révocation». Or, à l'instar de monsieur Tancelin, on constate que:

> [i]l n'y a, sauf erreur, aucun article explicatif de la modification, ni de la révocation édictées par 1439 C.Q. Connaissant la réticence traditionnelle des juges au changement des termes du contrat par intervention judiciaire, on s'explique mal l'attitude ambiguë consistant d'une part à édicter des sanctions nouvelles dans un article clé comme 1439 C.Q. et d'autre part, à s'abstenir de tout éclaircissement sur le contenu des institutions nouvelles. [...] La part du non-dit est décidément excessive dans cette Refonte, si volontiers théorisante par ailleurs.[52]

Tentons, toutefois, quelques suggestions. Nous croyons que lorsque le tribunal réduit les obligations d'une partie, comme cela est prévu à l'article 1437 C.c.Q. et à l'article 1408 C.c.Q., cela constitue une modification du contrat. La modification est peut-être une forme d'invalidité mais, par définition, elle ne peut être que partielle et donc ne constitue certainement pas un anéantissement total de l'acte, une invalidité de l'ensemble du contrat comme celle que suggère l'article 1438 C.c.Q. Quant à la révocation, le code est assez silencieux à son sujet. Il ne l'envisage que comme geste unilatéral: révocation d'un legs, d'une donation. C'est d'ailleurs ainsi que la décrit habituellement la doctrine: «1. Acte unilatéral par lequel une personne met à néant un acte antérieur dont elle est l'auteur. [...] 2. Acte par lequel une personne met fin unilatéralement à une mission qu'elle avait confiée

50. Article 1422 C.c.Q.: «Le contrat frappé de nullité est réputé n'avoir jamais existé. Chacune des parties est, dans ce cas, tenue de restituer à l'autre les prestations qu'elle a reçues». Article 1606 C.c.Q.: «Le contrat résolu est réputé n'avoir jamais existé; chacune des parties est, dans ce cas, tenue de restituer à l'autre les prestations qu'elle a reçues».
51. Catherine GUELFUCCI-THIBIERGE, *op. cit.*, note 19, p. 121.
52. M. TANCELIN, *op. cit.*, note 25, p. 174.

à une autre»[53]. Pour certains, la révocation peut toutefois être parfois bilatérale. Elle est, dans ce cas, synonyme de «résiliation bilatérale»[54], ce qui nous réintroduit, semble-t-il, dans le champ des problèmes d'inexécution. Depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, trois auteurs se sont risqués à donner une définition de la révocation au sens de l'article 1439 C.c.Q. Ils l'envisagent dans une situation bilatérale tout en distinguant deux phases au cours desquelles elle peut intervenir. D'abord, il peut y avoir révocation immédiatement après l'accord de volonté mais avant tout début d'exécution: «Lorsque deux personnes concluent un contrat, puis s'entendent, avant que son exécution ne soit commencée, pour l'effacer complètement et en supprimer les effets, on dit qu'il s'agit d'une "révocation": on révoque une vente par consentement mutuel»[55]. D'autre part, pour eux, la révocation pourrait intervenir en cours d'exécution: «Si deux personnes s'entendent pour supprimer les effets du contrat qu'elles ont déjà conclu, alors que son exécution a déjà été commencée, on dit qu'il s'agit d'une résiliation amiable»[56]. Quoi qu'il en soit, si l'on s'en tient à cette définition, elle semble exclure l'intervention judiciaire en ne reposant que sur la volonté des parties de mettre fin à l'entente qu'elles avaient conclue. La «révocation» rectifie la formulation malheureuse de l'article 1022 C.c.B.C., qui prévoyait que les contrats pouvaient être «résolus du consentement des parties». La possibilité de révocation ne résout donc pas le problème de l'adhérent qui s'adresse au tribunal pour faire mettre fin au contrat contenant une clause abusive et dont la saisine judiciaire prouve sa mésentente avec son cocontractant.

Comment réagira le tribunal face à la demande d'un adhérent qui se plaint d'une clause abusive dans un contrat indivisible? Osera-t-il prononcer sa *nullité*, alors que le code réserve la sanction aux vices de formation? La réponse devrait certainement être négative. Pourra-t-il prononcer sa résolution ou sa résiliation alors que celle-ci ne sanctionne que des défauts d'exécution? Là encore, cela semble difficile.

Assurément, nous aboutissons à une impasse. Le code ne permet au tribunal de sanctionner les problèmes en anéantissant totalement le contrat que dans deux situations précises et stric-

53. H. REID, *op. cit*., note 44, p. 511.
54. C.R.D.P.C.Q., *op. cit*., note 44, p. 170.
55. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit*., note 9, p. 420.
56. *Id*., p. 420-421.

tement encadrées: lorsqu'il y a vice de formation, d'une part et lorsqu'il y a un problème dans l'exécution d'autre part. En dehors de ces deux «étapes» dans la relation contractuelle, nous ne voyons aucune solution. Or, n'oublions pas que les articles 1437 et 1438 C.c.Q. se situent dans la section des effets du contrat. Et pourtant, l'article 1438 C.c.Q. donne le pouvoir au juge d'intervenir profondément sur les effets du contrat, jusqu'à les anéantir totalement. Le code lui donne le pouvoir mais non les moyens.

Monsieur Tancelin considère que

> [d]ans un premier temps, l'Avant-projet de 1987 avait fait une place souvent maladroite, voire caricaturale, à la tendance sociale du contrat. Le Projet de loi 125 a éliminé l'ambition d'intégrer la protection du consommateur du code. La Refonte de 1991 ne conserve que des lambeaux de cette tentative. Les articles [...] 1435 à 1438 C.Q. constituent des îlots de la tendance sociale du droit dans un océan d'individualisme.[57]

À notre avis, en outre, certains de ces îlots sont en réalité des mirages puisqu'ils donnent l'impression d'une certaine protection. Tout cela n'est qu'illusion, puisqu'impraticable.

Au stade de l'O.R.C.C., on pouvait constater une certaine cohérence. La lésion entre majeurs pleinement capables était admise comme vice de consentement[58]. La nullité du contrat était prévue pour tout manquement «aux conditions nécessaires à sa formation»[59]. L'O.R.C.C. prévoyait qu'une clause abusive soit «annulable ou réductible»[60]. Les commentaires indiquent que «[c]et article s'inspire de certaines législations modernes visant à contrer l'exploitation des parties au contrat. Il permet au tribunal de sanctionner des clauses contractuelles abusives en annulant ou réduisant les obligations ainsi assumées. La nullité de la clause est alors régie par l'article 51»[61]. Et finalement, l'article 51 se lisait ainsi: «La nullité d'une clause n'entraîne pas la nullité du contrat, à moins qu'il ne résulte de sa nature ou de la volonté des parties

57. M. TANCELIN, *op. cit.*, note 25, p. 161.
58. Article 29: «Le consentement peut être vicié par l'erreur, la crainte ou la lésion». Article 37: «La lésion vicie le consentement lorsqu'elle résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre et entraîne une disproportion sérieuse entre les prestations du contrat. La disproportion sérieuse fait présumer l'exploitation».
59. Article 47.
60. Article 76.
61. O.R.C.C., *Rapport sur le Code civil du Québec, commentaires*, Québec, Éditeur officiel, 1977, p. 625.

qu'il n'aurait pas été conclu sans elle». La nature de la clause abusive ne posait pas de problème. On n'avait pas de difficulté à l'assimiler à une forme de lésion puisque l'exploitation d'un majeur était admise, si l'on peut dire. Si la clause était «détachable» du reste de la convention, le tribunal pouvait purement et simplement la rayer. Sinon, et bien logiquement, la nullité du contrat était soumise aux mêmes règles que celle du contrat vicié au moment de sa formation.

Le problème que l'on rencontre aujourd'hui dans le *Code civil du Québec* provient de la dislocation de cette logique, en raison, notamment, de la résistance de certains envers l'admission de la lésion pour toutes les personnes. Dans l'Avant-projet de loi[62], le codificateur a proposé de restreindre le concept de lésion aux seules personnes physiques et seulement si elles n'avaient pas contracté pour les fins d'une entreprise. C'en était encore trop pour certains, qui ont réussi à faire fléchir le gouvernement. Le texte définitif serait donc, de ce point de vue, empreint de conservatisme et reproduirait l'esprit du Code de 1866.

On supprime donc un élément de l'édifice. Quelles en sont les conséquences? D'abord, il y a fort à parier que si le principe de la lésion entre majeurs avait été maintenu, on ne s'interrogerait pas tant sur la qualité lésionnaire ou non de la clause abusive! Ensuite, on a malheureusement «oublié» d'harmoniser l'ensemble du raisonnement puisqu'on a maintenu la sanction de tout le contrat qui s'opérait et se justifiait par la possibilité d'anéantir un contrat lésionnaire entre adultes pleinement capables.

Ce coup d'œil porté sur l'article 1438 C.c.Q. permet de prendre position dans le débat concernant la distinction entre lésion et clause abusive. Même si, d'un point de vue de pure logique juridique, on peut admettre que les deux notions sont très proches, pour ne pas dire similaires, il est évident que notre code les différencie.

CONCLUSION

La disposition du *Code civil du Québec* relative aux clauses abusives donne lieu, comme on l'a vu, à de nombreuses controverses. En particulier, pour les uns, elle ne peut porter que sur des

---

62. *Avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, 2e sess., 33e lég., Québec, 1988.

clauses accessoires, au risque, sinon, de permettre la sanction de la lésion entre majeurs pleinement capables; pour les autres, toutes les clauses, qu'elle qu'en soit l'importance, sont visées par l'article 1437 C.c.Q., qui établirait «une version édulcorée de la lésion entre majeurs»[63] dans le cadre bien délimité de certains contrats. À notre avis, une lecture complète du livre cinquième du Code civil donne malheureusement raison aux uns et aux autres. En effet, d'une part, le codificateur a clairement rejeté le principe général de la lésion et, d'autre part, le mécanisme d'anéantissement total du contrat prévu à l'article 1438 C.c.Q. permet de conclure que toutes les clauses, sans exception, peuvent être visées par l'article 1437 C.c.Q.

Il nous semble difficile de lire, de chercher à comprendre la portée et le sens exacts de l'article 1437 C.c.Q. sans porter une attention particulière à l'article 1438 C.c.Q., qui prévoit les conséquences de la déclaration de nullité d'une clause abusive. Hélas, un tel exercice ne résout pas les problèmes, au contraire. Les termes utilisés à l'article 1438 C.c.Q. sont en eux-mêmes sibyllins et ne correspondent à rien de connu ailleurs dans le code et, au lieu d'aider à la compréhension de la disposition sur les clauses abusives, ils augmentent la perplexité et la confusion.

Dans l'état actuel de la codification, proposer une issue au problème des clauses abusives revient à chercher à résoudre la quadrature du cercle. En effet, comme nous l'avons montré plus haut, rien dans le texte ni dans les effets des articles 1437 et 1438 C.c.Q. ne s'oppose réellement à y voir une protection de l'adhérent exploité par plus puissant que lui. Lorsqu'on défend cette position, acceptant la notion de lésion entre majeurs, on se heurte toutefois au libellé de l'article 1405 C.c.Q. Par contre, si l'on s'en tient à une position plus traditionnelle, fondée sur le principe du rejet de la lésion entre adultes, il est difficile de trouver sens à l'article 1438 C.c.Q. On constate, à l'instar de monsieur Tancelin, que «[l]'absence de cohésion entre la rédaction des diverses parties et de révision réfléchie crée une désorientation préjudiciable à la sécurité juridique»[64].

---

63. Pierre-Claude LAFOND, «Contours et ramifications de la «nouvelle» définition du contrat de consommation du Code civil du Québec», (1996) 56 *R. du B*. 569, 605.
64. M. TANCELIN, *op. cit*., note 25, p. 169.

Devant une telle impasse, il nous semble que seul le codificateur peut intervenir, dans un sens ou dans l'autre. Pour cela, il serait vraiment souhaitable qu'il biffe ici et là quelques termes «encombrants» tout en en rajoutant à l'occasion. S'il entend maintenir l'esprit du *Code civil du Bas-Canada*, il devrait supprimer de l'article 1438 C.c.Q. les références à l'indivisibilité du contrat et peut-être préciser la qualité des clauses visées à l'article 1437 C.c.Q. Si, au contraire, il veut faire preuve de plus de modernisme, il pourrait simplement supprimer le terme «expressément» contenu à l'article 1405 C.c.Q. tout en rétablissant la notion de nullité à l'article 1438 C.c.Q., ce qui aurait, en outre, l'avantage de renvoyer les juristes à une notion connue.